

איני יודע אם פרעתיך בספיקא דדינא ופלוגתא דרבוותא

איתא בשו"ע (סימן ע"ה סעיף ט) "מנה לי בידך שהליתך או שהפקדתי בידך והלה אומר איני יודע אם הליתני או הפקדתי בידי שבע היסת שאינו יודע ופטור ... מנה לי בידך שהליתך או שהפקדתי בידך והלה אומר איני יודע אני שהליתני מנה או שהפקדתי אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב לשלם". ויש לבאר הדין כשאין הספק ביניהם בטענותיהם אלא בספיקא דדינא, האם נאמר דמכל מקום הרי הנתבע משיב איני יודע אם פרעתיך וחייב או לא. והנה כתב רע"א (בגליון שו"ע ריש סימן נ"ט) "ובספיקא דדינא אם מקרי פרעון או לא יכול הלוח לומר קים לי דהוי פרעון ש"ך לקמן סימן קכ"ו ס"ק מ"ג" (הש"ך מיירי שם בראובן שהיה חייב ללוי והסכימו שגבה לוי משמעון שהוא חייב לראובן ושוב נמצא שמעון עני ואין לו לפרוע, ויש מחלוקת ראשונים אם יכול לוי לחזור על ראובן, וכתב הש"ך שראובן יכול לטעון קים לי כהפוטור). וכן מוכח גם מהש"ך סימן ע"ב ס"ק ט', שהאריך הרבה בדין חיוב המלוה כשנאנס המשכון במשכנו שלא בשעת הלואה, ולמסקנא כתב "מכל זה נתבאר בהכרח שהעיקר כרש"י דשלא בשעת הלואתו קני אותו לגמרי אף לענין אונסין ואם כן היה נראה להורות כן בפשיטות אך שרבו הפוסקים מאוד הסוברים דלא קנה אותו לאונסין וכמו שכתבנו לקמן ס"ק ט"ז אבל זה נראה לי ברור דאם עדיין לא שלם הלוח מצי למימר קים לי כרש"י ...". אולם לא נתבאר טעם הדבר, למה לא אמרינן דחייב כמו באיני יודע אם פרעתיך. וכמה פוסקים דנו בשאלה זו, ומצאתי בדבריהם חמשה טעמים.

א) טעם ראד"ב דקים לי טענת ודאי היא

בשו"ת לחם רב (לרב אברהם די בוטון, בעל לחם משנה, סימן קע"ו) דן באשה, אלמנת שמעון, שחייבת ממון לבנו של ראובן אחי בעלה, ואלמנת ראובן שוב התחייבה את עצמה לאלמנת שמעון (ושוב מתה אלמנת ראובן וירשה בנה וממילא נתחייב בחוב אמו) אלא שיש מחלוקת הפוסקים אם חל החיוב השני וכתב "וכי תימא הא הרמב"ם ורבותיו ז"ל סוברים דאין החיוב שנתחייבה כלום משום דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב ואף על גב דיכול המוחזק לומר קים לי מכל מקום אם יברר היתום בראיות שאלמנת שמעון חייבת לו דמי הך מילתא לחייב אני לך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב דכיון דמה שחייבת היא ליתום הוי ודאי אליבא דכולהו ואומרת לו איני יודע אם נתפרעת מאמך דשמא חייבת לי דקים לי כמאן דאמר דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב חייב הוי ודאי בחיובא וספק בחזרה. איברא דאי הוי חשבינן לטענת קים לי טענת ספק היה מקום לדבר זה אבל הרב מהרי"ק ז"ל בסימן קס"א כתב דטענת קים לי הוי כעין טענת ברי ואי תפיס לא מפקין מיניה ויעויין שם אף על גב דהרב מהר"י נ' לב ז"ל בפסקיו הראשונים דף נ"ד נראה לו הדבר כמסתפק מכל מקום להרב מהר"י קולון ז"ל אנו שומעין שתפס הדבר במושלם דמהניא תפיסה בטענת קים לי וכיון שכן אלמנת שמעון היא תפיסה ותאמר קים לי כמאן דאמר דמחייב עצמו בדבר שאינו קצוב חייב".

ב) טעם ראנ"ח דהנתבע לא הוה ליה למידע

ובשו"ת ראנ"ח (חלק ב' (מים עמוקים) סימן א') "שאלה ראובן היה חייב לשמעון מנה וראובן מכר סחורה לע"א [גוי] והמחה את שמעון אצל הע"א לקבל מה שנתחייב לו הע"א לפרוע חובו ... ומת שמעון ועכשיו מוציאין השטר ותובעים מראובן שיפרע להם וראובן משיב אני המחתי את שמעון אצל הע"א לגבות ממנו החוב ואפשר שנפרע מהע"א הביאו ראיה שלא נפרע אביכם מן הע"א ואפרע לכם : תשובה ... מיהו יש לספק בנדון זה מצד שעקר חוב זה מתחלה היה על ראובן ואחר כך שהמחה את שמעון אצל הע"א פלוגתא דרבוותא היא אי מעמד ג' קניא לגבי ע"א ולדעת ר"ת לא קניא ונמצא אם כן עקר חובו זה עדיין קיים אצל ראובן ואפילו הוי מלוה על פה מכל מקום הוא אינו טוען ברי שפרע הע"א והוה ליה כהליתני ואיני יודע אם פרעתיך דלכולי עלמא חייב כדתנן בהגוזל בתרא ... ולפי זה בנדון דידן שהחוב ברור ועקרו על ראובן מספק דשמא פרע הע"א אינו פטור דהוה ליה כהליתני ואיני יודע אם פרעתיך וכי תימא אפילו לכשתמצא לומר כן מכל מקום פלוגתא דרבוותא היא ולדעת הרי"ף ושאר גדולים מעמד ג' אפילו בע"א קניא ואפילו בכי האי גוונא שהנפקד ע"א ואם כן ראובן יכול לומר קים לי כהני רבוותא דמעמד ג' קנה ... יש לומר ... אפשר שאינו יכול לומר קים לי כהני רבוותא דטעמא דקים לי לא מהני אלא למשוויה מלתא בספקא וכיון דהוי ספקא דמספקא לא מפקין ממנוא ולפי זה לא אמרינן דמצי אמר קים לי כפלוגי אלא כשהספק הוא על עקר החוב כגון דלפי סברא אחת חייב ועל דעת סברא אחת פטור מעקרו ולא חל עליו החיוב אבל כשהחוב הוא מבורר והמחלוקת היא על הפטור כגון שהוא חייב לו בשטר ומחל לו בלא קנין דאיכא למאן דאמר דמחילה כי האי גוונא בעיא קנין או בכגון נידון דידן שיש מחלוקת אם מעמד ג' כי האי גוונא בע"א קנה או איזה חוב שהמחה אותו בענין שיש מחלוקת אי חשיבא ההמחה המחאה ויצא ידי חובתו אם לאו בכל כיוצא בזה שהחוב מעקרו הוא ברור ונפל ספק בפרעון החוב ובפיטורו הוה ליה כאיני יודע אם פרעתיך ולא מצי אמר קים לי

כפלוגי אבל כד מעיינת בה כל זה אינו דהא טענינן ליתמי כל מאי דהוה מצי טעין אביהם וטענינן להו פרעתי ולא אמרינן דכיון שהחייב ודאי והפרעון ספק הוה ליה כאיני יודע אם פרעתיך אבל עקרון של דברם כפי מה שחלקו התוספות בכתובות ובכמה מקומות שיש חילוק בין שמא טוב לשמא גרוע וזה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה ואפילו בברי ושמא אלא דוקא בשמא גרוע הוא דאמרינן הכי ואיני יודע אם פרעתיך דוקא חייב משום דהוי שמא גרוע שהיה לו לידע אבל שמא טוב אפילו כשהחייב ברור והספק הוא בפטור או בפרעון מהני ... ולפי זה נמצינו למדין דבנידון דידן שהוא שמא טוב מצי טעין דילמא פרע הע"א ... ואף על גב שהיה החייב עליו והמחהו אצל הע"א ולדעת ר"ת לא פקע החייב ממנו מכל מקום יכול לומר קים לי כמאן דאמר דהמחאה כי האי גוונא מהניא ... ואף על גב דהשתא הוי כעין ספק ספקא ... מכל מקום לא גרע משום הכי". הרי שראנ"ח מסכים לדינא לראד"ב שהנתבע יכול לטעון קים לי אף באיני יודע אם פרעתיך אבל לא מטעמיה, שטעם ראד"ב הוא שטענת קים לי טענת ודאי היא, וטעם ראנ"ח הוא דגם איני יודע אם פרעתיך פטור כשלא הוה ליה למידע. [ובקצות החושן (סימן ש"מ סוף ס"ק ד') יש בזה דברים שבהשקפה ראשונה הם בלתי מובנים, שהקשה "ואכתי תקשי לפי מה שכתב מוהראנ"ח ח"ב ס"א דלא אמרינן קים לי אלא כשהספק הוא על עיקר החוב אבל היכא דהספק על הפטור הוה ליה איני יודע אם פרעתיך ע"ש ואם כן ברועה מזוין [בבא מציעא צ"ג ע"ב "איבעיא להו לסטים מזויין ורועה מזויין מהו מי אמרינן אוקי גברא להדי גברא או דילמא האי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה" ולעיל מזה כתב הקצות "ועיין ברי"ף ורמב"ם פרק ג' משכירות גבי רועה מזויין וכנגד ליסטים מזויין דפטור ע"ש והוא בגמרא דבעיא דלא איפשטא", איברא דבגמרא שלנו אכן איפשטא "מסתברא האי מסר נפשיה והאי לא מסר נפשיה"] הוה ליה הספק בפטור לפי מה שכתבנו דשומר שטען איני יודע אם באונס הוה ליה איני יודע אם החזרתיו. מיהו בכסף משנה פרק ג' משכירות כתב דבנוסחאות ידיה בגמרא איפשטא רועה מזויין כנגד ליסטין מזוין דפטור אם כן לא קשיא מידי", הרי שהקצות הביא ההוה אמינא של ראנ"ח אבל מסקנתו דשפיר יכול לטעון קים לי וכמו שהבאתי, וביותר תמוה שהקצות עצמו כבר הביא מסקנת הראנ"ח במקום אחר (סימן ע"ה ס"ק ט"ז) "ובתשובת מוהראנ"ח הוכיח מזה דהוא הדין בידיה דלא הוה ליה למידע אמר איני יודע אם פרעתיך נמי פטור ודן מזה בעניני הקים לי בספק פלוגתא בחזרה דלא הוי איני יודע אם פרעתיך דכיון דלא הוה ליה למידע", אלא שהקצות שם כתב שדין לא הוה ליה למידע באיני יודע אם פרעתיך במחלוקת היא שניה ושדברי ראנ"ח נכונים לשיטת התוספות והרא"ש אבל לדעת הרמב"ם חייב אף כשלא הוה ליה למידע, ע"ש, ואם כן לכאורה כוונת הקצות בסימן ש"מ היא להקשות דלדעת ראנ"ח דקים לי טענת ספק היא (ודלא כראד"ב) אם כן למה פטר הרמב"ם בליסטים מזוין נגד רועה מזוין, והלא לשיטתיה דאיני יודע אם פרעתיך חייב אף כשלא הוה ליה למידע, גם כאן הוה ליה לחייבה. וזה נכון מצד עצמו אף אם הוא דחוק בלשון הקצות.]

ג) טעם המקור ברוך וההר הכרמל שגם התובע טוען שמא

בשו"ת מקור ברוך איתא (סימן נ"ו והובאו דבריו בקיצור בכנסת הגדולה סימן ש"ג הגהות בית יוסף אות י"א) "אבל אין לומר שטעם הרמב"ם ז"ל (שכירות פרק ג' הלכה ח') "אומדין אותו אם יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם" הרי שהרמב"ם מחייב מספק, ועיין שו"ע סימן ש"ג סעיף ח' סמ"ע ס"ק י"א וש"ס ס"ק ח') הוא כי השומר הוא בריא בחיובא וספק בחזירה ותנן בהגוזל בתרא הלוייתי ואיני יודע אם החזרתיו חייב ואם כן הכא נמי השומר מודה שלקח הצאן ונתחייב בשמירתם והוא מסופק אם נאנס והוי חזירה ופטור או לא הוי חזירה שאין זה אונס וחייב דשאני מתנתינן דהתובע טוען בריא הלוייתי ולא פרעתי אבל אם גם המלוה מסופק ואומר איני יודע אם פרעתי ודאי דפטור ומשום הכי אמר הרב המגיד ברועה מזוין דהיא בעיא ולא איפשטא דהוי אונס להקל על השומר ואמאי הרי הוא בריא בחיובא וספק בחזרה אלא ודאי דאחר דשניהם מסופקים המוציא מחבירו עליו הראיה" ועיין שם שהאריך בדין איני יודע אם פרעתיך כשגם התובע טוען שמא, הרי שגם הוא מסכים לדינא לדעת ראד"ב וראנ"ח שהנתבע יכול לטעון קים לי אף באיני יודע אם פרעתיך אבל מטעם שלישי, שגם התובע אינו טוען ברי (ומיישב בזה קושיית הקצות מרועה מזוין).

ובשו"ת הר הכרמל (חו"מ סוף סימן ד') גם כן נקט שבפלוגתא דרבוותא או ספיקא דדינא מצי הנתבע לטעון קים לי אף באיני יודע אם פרעתיך, וכתב "והטעם נראה בשלמא אם ספק בפרעון מחמת ספק מציאות במעשה פרעון והלה טוען ברי שלא נפרע שפיר אמרינן כיון דהחייב ודאי כו' אין ספק כו' מה שאין כן בספק דין או ספק פלוגתא דהוא ספק למלוה כמו ללוה אם כן אם נוציא למלוה מהלוח מחמת ספק פרעון שוב ודאי נתחייב מלוה להחזיר ללוה מה שנוטל ממנו לצאת ידי שמים דהא הוי איני יודע אם

נתחייבתי כי אם הדין הוא שפרעון הלוח הראשון היה פרעון אם כן נוטל עכשיו שלא כדין ונהי אם נימא בחייב לצאת ידי שמים אם תפס לא מפקינן מיניה מכל מקום לכתחילה אין להגבותו" וזהו כעין סברת המקור ברוך אלא שהוסיף ביאור.

דברי המשנה למלך, הבית שלמה והכנסת הגדולה

ובמשנה למלך הלכות טוען ונטען פרק א' הלכה ט' כתב "היכא דאיכא פלוגתא בפרעון אי מצי למימר הנתבע קים לי כמאן דאמר דחשיב פרעון עיין בספר לחם רב סימן קע"ו דצייד לומר דלא מצי למימר קים לי משום דהוי בריא בחיובא וספק בחזרה. ואין דבריו נראין ועיין בתשובות הראנ"ח ח"ב סימן ב" ודבריו סתומים, שהביא תחילת דבריו של הלחם רב ולא הביא מסקנתו דיכול לטעון קים לי וכן"ל, וגם לא ביאר טעם השגתו, אבל בהלכות מכירה פרק י"א הלכה ט"ז פירש דבריו יותר, שהביא דברי הלחם רב (תחילת דבריו, כמו שהביאם בהלכות טוען), והשיג עליו "ואין דברי הרב נראין לי בזה משום דשאני הכא דאף המלוה אינו טוען בריא שלא נפרע שהרי אליבא דרבתינו של רבינו נפרע ואם כן הוה ליה כאומר הלוייתך ואיני יודע אם פרעתי דפשיטא דפטור כיון דהמלוה עצמו אינו יודע בבירור שלא נפרע. ועוד דשאני איני יודע אם פרעתיך דריע טענתיה דהוה ליה למידע ומשום הכי חייב אבל בספק פלוגתא דרבוותא לא שייך לומר טעם זה ולפי זה מצי למימר קים לי כמאן דאמר דפרעתיך וזה ברור", והנה השגתו הראשונה היא כסברת המקור ברוך, והשגתו השניה היא כסברת ראנ"ח. ועיין עוד בדבריו בהלכות שאלה ופקדון ריש פרק ד', שהביא דברי התרומת הדשן [הנ"ל], שפסק שכשנאבד הפקדון ואינו יודע אם היה זה מחמת פשיעת הנפקד או לא, דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם] וכתב עליו "ומהרש"ך ח"ג סימן פ"ז תמה עליו דתיפוק ליה משום דשמעון הוי בריא בחיובא וספק בחזרה כו' יע"ש. ונראה ברור שיש לחלק בין האומר הלוייתך ואיני יודע אם פרעתיך לההיא דמהר"ר ישראל בענין הפקדון דאף על גב דהוא בריא בחיובא וספק בחזרה מכל מקום השמא אינו גרוע דלא הוה ליה למידע אבל גבי איני יודע אם פרעתיך השמא הוא גרוע דהוה ליה למידע אם פרע או לא ומדלא ידע ודאי דלא פרע. ובהכי ניחא כל תיקו שבתלמוד דפסקינן קולא לנתבע אף על פי שיש מהם טובא דהספק הוא אם נפטר מחיובו אם לאו משום דאין השמא גרוע ... והראנ"ח בח"ב סימן א' חילק כי האי גוונא יע"ש". הרי גם כאן כתב הראנ"ח, ושוב כתב "ועוד קשה לי [על מהרש"ך] דשאני הלוייתך ואיני יודע אם פרעתיך דהמלוה טוען בריא שעדיין חייב לו והלה אינו יודע אם פרעו אבל הכא מי טוען בריא המפקיד שחייב לו הא המפקיד נמי אינו יודע אם פשע וחייב או לא פשע ופטור ואין זה טוען בריא כההיא דהלוייתך ולא פרעתיך" והיינו כהשגתו הראשונה בהלכות מכירה נגד הלחם רב, וכסברת המקור ברוך (אלא שכאן לא כתב להדיא שגם בזה אתי שפיר הא דקיימא לן קולא לנתבע אף בספק פרעון).

והנה בשו"ת בית שלמה (חו"מ סימן ל"ו) כתב "דעת הראנ"ח בתשובה ח"ב ס"א דלא אמרינן קים לי רק כשהספק הוא בעיקר החוב אבל היכא דהספק הוא על הפיטור אינו יכול לומר קים לי דהוי איני יודע אם פרעתיך והובא בקצות החושן סימן ש"מ ס"ק ד" וואריך, ולבסוף כתב "ומכל מקום הראנ"ח שכך כתב גם בספיקא דינא ושניהם טוענים שמא הוא תמזה דהא בכי האי גוונא גם באיני יודע אם פרעתיך פטור וכבר העיר בזה המשנה למלך פרק י"א מהלכות מכירה הלכה ט"ז וריש פרק ד' מהלכות שאלה וגם דהא לא הוה ליה למידע ובכי האי גוונא ס"ל דגם איני יודע אם פרעתיך פטור". וכבר הבאתי שראנ"ח עצמו הסיק דיכול לטעון קים לי מטעם דלא הוה ליה למידע, ונראה ברור דלא ראה הבית שלמה דברי ראנ"ח עצמם אלא מה שהביא הקצות בסימן ש"מ משמו, וגם נעלמו ממנו לפי שעה דברי הקצות בסימן ע"ה. אבל מכל מקום גם הבית שלמה מסכים שיכול לטעון קים לי, בין מטעם ראנ"ח (דלא הוה ליה למידע) ובין מטעם המקור ברוך (דגם התובע טוען שמא).

ויש לתמוה על דברי הכנסת הגדולה (סימן כ"ה כללי הקים לי אות י"ב) שמתחילה כתב דהטוען דקים לי (בעלמא, כשיש מחלוקת על עצם החיוב) אינו חייב אפילו לצאת ידי שמים כיון דגם התובע אינו טוען ברי, ואחר כך כתב "עוד אני מדבר בזה אני אומר דלפי מה שכתבתי דכיון דהוי שמא ושמא לא מחייב לצאת ידי שמים היינו דוקא כשמחלוקת התובע והנתבע הוא בפלוגתא דרבוותא אי חייב מעיקרא חיוב כזה או אינו חייב אבל כשמלקותם הוא אי הוי פרעון או לא הוי פרעון חייב לשלם אפילו בידי אדם דהוה ליה כאומר לחבירו הלוייתך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם אחר זמן רב באו לידי תשובות ראנ"ח ז"ל ח"ב וראיתי שם בסימן א' וי"ט כתב אפשר שאינו יכול לומר קים לי אלא כשהספק הוא על עצם החוב דלפי סברא אחת חייב ולפי סברא אחרת פטור ולא חל החיוב אבל כשהחוב הוא מבורר והמחלוקת הוא על הפטור לא מצי למימר קים לי ומהראד"ב [כצ"ל] בתשובה כ"י סימן קע"ו [כצ"ל] תלה זה במחלוקת מהרי"ק ומהריב"ל אם טענת קים לי הויה טענת בריא או טענת ספק ועיין במ"ש בס"ד סימן ס' בהגהת הטור ז"ל" הרי שגם הוא מביא ההוא אמינא של ראנ"ח, אבל בלאו הכי דבריו תמוהין, שהרי כמעט כל הפוסקים

מסכימים ששמו ושמו פטור בדיני אדם אף באיני יודע אם פרעתיך, וכדמוכח מהגמרא (בבא קמא דף ק"ח ע"א) "היכי דמי אילימא דלא קא תבע ליה רישא נמי דלא קא תבע ליה אמאי חייב", ע"ש, וכן מבואר להדיא בדברי הכנסת הגדולה עצמו (סימן ע"ה הגהות טור אות ע"ה ובתשובה שנדפסה בשו"ת מהרי"ט חלק א' סימן קנ"א), וכיון שהכנסת הגדולה קורא לזה שמו ושמו, איך כתב תוך כדי דיבור שחייב בדיני אדם מטעם איני יודע אם פרעתיך, הוה ליה לפוטרו כמו שפטרו המקור ברוך והמשנה למלך (והיינו כעין השגת המשנה למלך נגד ראד"ב והשגת הבית שלמה נגד ראנ"ח, אלא שכאן בולטת התמימה ביותר שראד"ב לא קאמר אלא ש"היה מקום לדבר זה" וכן ראנ"ח לא קאמר אלא ש"אפשר שאינו יכול לומר קים לי", אבל שניהם לא העלו כן למסקנא. ועיין פנים במשפט (סימן ע"ה אות כ"ג). [ושוב ראיתי שבשו"ת פני משה (לרב משה בנבנשת, בן דורו ושאר בשרו של רב חיים בנבנשת בעל הכנסת הגדולה, ח"ג סימן ל"ד) האריך הרבה להוכיח שכמה פוסקים, ראשונים ואחרונים, סוברים שאיני יודע אם פרעתיך חייב אף בשמו ושמו, ולא עיינתי בדבריו כל הצורך ולדבריו יקשה הגמרא בבבא קמא הנ"ל, ומכל מקום לא מצאתי שיטה זו בכנסת הגדולה עצמו.]

ד) טעם הפרח מטה אהרן שיש כאן דררא דממונא

ובשו"ת פרח מטה אהרן (חלק ב' סימן י"ב) גם כן כתב שיכול הנתבע לטעון קים לי אף בספק פרעון, והביא דברי ראד"ב והסכים עמו, ושוב כתב "חו נראה מטעמא אחרינא דהאי דנידון דידן לא דמי להאי דברי בחיובא וספק בחזרה דחייב וטעמא דלא אמרינן הכי אלא היכא דליכא רגלים לדבר על הפרעון אבל היכא דאיכא רגלים לדבר לא אמרינן דחייב וכמו שכתב הרשב"א והריטב"א בחידושיהם על מסכת גיטין פרק הזורק דף ע"ח היתה עומדת ברשות הרבים וזרקו לה כו' וכן לענין החוב אמר לי בעל החוב זורק לי חובי וזרקו לו קרוב למלוה זכה הלואה קרוב ללוה הלואה חייב מחצה על מחצה יחלוקו כו' ואמרינן בגמרא היכי דמי מחצה על מחצה כו' רבה ורב יוסף דאמרי הכא בשתי כיתי עדים עסקינן אחד אומר קרוב לו ואחד אומר קרוב לה כו' וכתבו הנך רבוותא הנזכרים הקשו בתוספות אם כן הא דקתני לענין החוב מחצה על מחצה כו' היינו בשתי כיתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבא הוה ליה למימר אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא אחזקת מאריה ותרצו דהכא לתרויהו אית חזקה למלוה יש חזקה שהיה מחוייב לו הלואה קודם שנולד לו הספק וללוה איכא חזקת ממונא הילכך יחלוקו ולא דמי למנה הלוייתי ואיני יודע אם פרעתיך דחייב דהתם ליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא דאיכא עדים לא והילכך יחלוקו ע"כ הרי דכל דאיכא רגלים לדבר דאיכא עדים על הפרעון לא אמרינן דחייב הלואה ואם תאמר ואמאי לא אמרינן בנידון דידן דאיכא ספק פלוגתא דרבוותא דיחלוקו כדאמרינן גבי ספקא דתרי ותרי ויש לומר דאיכא חילוקא רבה דעד כאן לא קאמרי יחלוקו אלא משום דהוי ספקא דתרי ותרי דאין לנו על מה לסמוך ובכי האי גוונא אמרינן מאן דעביד כמר עבד ומאן דעביד כמר עבד כההיא דאמרינן בהנשבעין השתא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר האי דיינא דעבד כרב ושמואל עבד והאי דיינא דעביד כר' אלעזר עבד וכבר נהגו מהאי טעמא למימר קים לי לא מפקינן מיד המוחזק ולא שייך למימר בפלוגתא דרבוותא יחלוקו אלא היכא דקיימי זוזי לוקמו [ושוב הביא דברי ראנ"ח שבספיקא דדינא לא שייך לחייבו מדין איני יודע אם פרעתיך משום דהשמוא הוא טוב דלא הוה ליה למידע]. הרי שגם הפרח מטה אהרן מסכים לדינא לראד"ב ראנ"ח מקור ברוך משנה למלך ובית שלמה שפטור וכתב טעם רביעי על זה (מלבד מה שמסכים לטעמים של ראד"ב וראנ"ח).

ה) טעם הנחל יצחק שחזקה אינה יכולה לברר ספק בדין

ובנחל יצחק (סימן ע"ה אות ח' ענף א') כתב "ולכן לדינא העיקר כמו שכתבו המהרשד"ם והמשנה למלך דאם אין המלוה טוען ברי אין מוציאין מהלוה אף דאיכא חזקת חיוב אך מה שהוכיח כן המשנה למלך מהא דקיימא לן בכל תיקו אף דהוי ספק בהפטור דגם כן אין מוציאין מהנתבע זה אינו ראייה כלל לפי מה שכתב המשנה למלך עצמו פ"ב ה"א הלכות טומאת צרעת דבספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה דאטו בשביל החזקה ישתנה הדין ... וכיון דעיקר הטעם הוא דלכן בספק בהפרעון חייב משום דמוקמינן על חזקת חיובא אם כן זה אינו שייך אלא אם נולד ספק בהמעשה אבל בנוולד ספק בהדין כמו בתיקו או איזה פלוגתא דרבוותא כיון דבוה לא מהני אוקי אחזקה לברר לנו הספק על כן שפיר אמרו דאין מוציאין מהנתבע בזה". הרי שגם הוא מסכים לכל הני רבוותא אלא שכתב על זה טעם חמישי.

פקפוקים על כל הטעמים

הרי יש לנו חמשה טעמים שאין לחייב את הטוען קים לי מדין איני יודע אם פרעתיך, אלא דנראה דאין אף אחד מהם ברור ומוסכם לגמרי:

טעם ראד"ב שקים לי טענת ברי היא, הנה הוא עצמו כבר כתב דתליא באשלי רברבי, דיש אומרים דקים לי טענת שמא היא. ועיין בתקפו כהן (סימן ע"ט והלאה) שהאריך בחקירה זו.

טעם ראנ"ח דלא הוה ליה למידע, כבר האריכו האחרונים לדון בסברא זו, והתומים (סימן ע"ה ס"ק כ"ב) והקצות (שם ס"ק ט"ז) כתבו שנחלקו ראשונים בזה, ועיין שו"ת פני משה (חלק ג' סימן ל"ד), נתיבות (סימן ע"ה ס"ק ה') ונחל יצחק (שם אות ח' ענף ט' והלאה ובסימן ס"ט אות א'). [והנה התומים כתב שאחרי שיש מחלוקת אם חייב כשלא הוה ליה למידע "יש לומר קים לי כדעת התוספות וסייעתם דבמקום דלא הוה ליה למדע אפילו איני יודע אם פרעתיך פטור", ולכאורה זהו מערכה אל הדרוש לפי טעם ראנ"ח, דהא דיכול לומר קים לי הוא מטעם דלא הוה ליה למידע, ועל זה גופא אנו דנין אם זה פוטר! איברא דבאמת דעת הש"ך (תקפו כהן סימן ק"א – ק"ד) שבמקום שנחלקו הפוסקים אם מהני תפיסה דיכול לומר קים לי על זה גופא, וכן הסכים התומים (קיצור תקפו כהן שם) וכתב "אך בגוף הדין אי המחלוקת בתפיסה עצמה יפה כתב הש"ך דמה בכך אי מצי לטעון קים ליה גם בזה יכניס ואף [בזה] יאמר קים ליה כהנך רבנותא דסברי דהוי תפיסה ומועיל", ואף שכמה פוסקים חולקים וסוברים שלא מהני, הרי הם מהרש"ח (שו"ת בני שמואל סימן ל"ז), מהר"י לבית הלוי (סימן כ"ב וכו'), מהרי"ט (שו"ת חלק א' סימן קנ"א), רב חיים בנבנשתי (בתשובה שנדפסה בשו"ת רבו מהרי"ט שם), והקצות (סימן פ"ז ס"ק י"ד), מכל מקום התומים אתי שפיר לשיטתיה. (ובכנסת הגדולה (כללי הקים לי אות ל"א) הביא דברי מהר"י הלוי שאינו יכול לומר קים לי כשיש מחלוקת על זה גופא, וכתב שבתשובה העלה כדעת הפוסק שהביא מהר"י הלוי שם שחולק וסובר ששפיר יכול לומר קים לי, ולא מצאתי תשובה זו, ובתשובה הנ"ל שבמהרי"ט כתב להיפך, וצ"ע.) ועוד אפשר שהתומים סובר לאחד מהטעמים האחרים שיכול לטעון קים לי אף בספיקא דדינא.]

טעם המקור ברוך שגם התובע אינו טוען ברי, הנה רב יעקב כולי בהגהתו למשנה למלך (שאלה ריש פרק ד') כתב בשם "כמורה"ר אפרים נבון" (נראה שהכונה לבעל המחנה אפרים) לדקדק מדברי רשב"א [הנ"ל בשו"ת פרח מטה אהרן] שאיני יודע אם פרעתיך חייב אף בשמא ושמא כשהמלוה לא הוה ליה למידע, והביאו דבריו הקצות (סימן ע"ה סוף ס"ק ו' וסימן ש"מ ס"ק ד'), הנתיבות (סימן ע"ה ס"ק ה') והשער משפט (סימן ע"ה ס"ק ח'), ורע"א (בבא מציעא ל"ו ע"ב) כתב שכמה פוסקים סוברים כן, ובשו"ת ברית אברהם (חו"מ סימן ה' אות ב') כיון לסברא זו מעצמו. [והנה בדברי הרשב"א כבר העירו רב שמואל חיון (מהרש"ח, בספרו בני שמואל, שו"ת סימן ל"ז) והפני משה (הנ"ל), ומהרש"ח הניחם בצ"ע, והפני משה באמת הוכיח מהרשב"א שסובר שאיני יודע אם פרעתיך חייב אף בשמא ושמא וכעין דעת רב יעקב כולי, אלא שלא מצאתי בדבריו שמחלק בין כשהמלוה הוה ליה למידע או לא, אף שרוב דברי הפוסקים שהביא להוכיח שמחייבים בשמא ושמא אכן מיירי כשהמלוה לא הוה ליה למידע.]

איברא שהשער משפט, הנחל יצחק (סימן ע"ה אות ח' ענף א'), והחזון איש (חו"מ סימן ה' אות ג') פקפקו על שיטה זו, וכתבו שאינו מוכח מדברי הרשב"א ושמכל מקום יש חולקים, והנחל יצחק והחזון איש באמת פסקו שהנתבע פטור, אבל מכל מקום אולי שזהו דעתם של ראד"ב וראנ"ח שלא החליטו בפשיטות שיכול לומר קים לי באיני יודע אם פרעתיך מטעם המקור ברוך והמשנה למלך שגם התובע טוען שמא, אבל הכנסת הגדולה שנקט בפשטות שאינו יכול לומר קים לי אף שתוך כדי דיבור קראו שמא ושמא צ"ע מכל מקום, שהרי לא מצאתי סברא זו בהדיא בשום מקום קודם הפני משה ורב יעקב כולי, וכל כי האי הוה ליה לכנסת הגדולה לפרש דבריו ולהודיענו חידוש גדול זה.

טעם הפרח מטה אהרן, דבדררא דממונא אף באיני יודע אם פרעתיך פטור, איברא שכן כתבו גם הקצות (סימן שמ"ד ס"ק ג') והנתיבות (סימן ע"ה ס"ק ה' וסימן כ"ה דיני תפיסה כלל כ"ד), והנתיבות הוכיח כן מדברי התוספות בכתובות ט' ע"ב ד"ה אי למיתב (שכתבו "ואין לומר דאפילו בספק ספיקא מפסדה כתובתה משום דמוקמינן ממונא בחזקתיה דהא לקמן גבי משארסתי נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך נאנסת והיה מקחי מקח טעות ואיכא מאן דמפרש לקמן מקח טעות ממאנים אבל מנה אית לה אלמא משום דבאותו מנה הוי ספק ספיקא לא מפסדא דספק קודם שנתארסה ספק אחר שנתארסה ואם תמצא לומר אחר שנתארסה אימור באונס הוה דאי אמרת דאפילו בספק ספיקא מפסדה אמאי אית לה אפילו מנה", והקשה התומים דמה הוכחה היא זו, דילמא אית לה כתובה משום דהספק דילמא זינתה אחר שנתארסה הוי כאיני יודע אם פרעתיך (ומזה הוכיח התומים שדעת התוספות שאיני יודע אם פרעתיך פטור כשלא הוה ליה למידע), והנתיבות תירץ דכיון דנאמן לומר פתח פתוח מצא, הרי יש כאן דררא דממונא ויש ספק לבית דין אף בלא טענותיהם, ובוה פטור אף באיני יודע אם פרעתיך, אבל בשו"ת בית שלמה (שם) האריך לדחות דבריו, וכתב שממהרי"ט (חידושי לכתובות דף ט' ע"א) וממהר"ם שי"ף (שם דף י"ב ע"ב על הגמרא ד"ה אי נמי)

מבואר להיפך, שאם נניח שזינתה אחר האירוסין ונסתפק אי באונס אי ברצון, הוי איני יודע אם פרעתיך ויתחייב הבעל, ועוד כתב שההפלאה (שם דף ט' ע"ב על התוספות הנ"ל) תירץ לקושית התומים והנתיבות באופן אחר, ומבואר מדבריו שסובר שבעצם הוי איני יודע אם פרעתיך, ואם כן מדברי שלשתם מבואר דלא כנתיבות ושאינן נפקא מינה במה דהוי דררא דממונא. אולם הנתיבות והבית שלמה לא דברו מהראיה שהביאו הפרח מטה אהרן והקצות מהרשב"א בגיטין.

טעם הנחל יצחק דלא מהני חזקה לברר ספיקא דדינא, הנה בש"ך איתא (סימן ע"ה ס"ק כ"ז) "ונראה דאפילו ספק הפרעון הוא קודם ההלואה כגון שהיה לו פקדון בידו ואחר שנאבד בפשיעה הלזה לו ונתחייב לשלם לו ק' זהובים והנפקד אומר יודע אני שלא היה שוה רק חמישים והלזה אומר איני יודע כמה היה שוה ואפשר היה שוה מאה ונמצא שמעולם לא נתחייבתי לך כלום לפי שהמאה שהלוינני יצאו במאה של דמי הפקדון אפילו הכי חייב הלזה לשלם לו חמישים דמכל מקום הוי ליה החיוב ברור והפטור ספק ובכי האי גוונא ברי ושמא ברי עדיף וכן משמע מסתימת הפוסקים" וכבר העיר הנחל יצחק עצמו (סימן ע"ה אות ד' ענף א') שמוה משמע שאין טעם החיוב באיני יודע אם פרעתיך משום חזקה (וכבר העיר בזה גם בשו"ת שואל ומשיב מהדורה ד' חלק ב' סימן נ"ו ועיין שו"ת ברית אברהם חו"מ ריש סימן ז') ולכאורה הטעם לדעת הש"ך הוא משום דאין ספק פרעון מוציא מידי ודאי חיוב (וכלשון מהר"י נ' לב שנביא להלן), ואם כן גם בספיקא דדינא לכאורה אפשר לומר כן.

ומכל מקום הראתי שראד"ב, ראנ"ח, המקור ברוך, המשנה למלך, הפרח מטה אהרן, ההר הכרמל, הש"ך, רע"א והנחל יצחק כולם סוברים שיכול לטעון קים לי אף באיני יודע אם פרעתיך. [ויש להעיר שכל הטעמים שייכים בין בספיקא דדינא ובין בפלוגתא דרבוותא חוץ מסברת ראד"ב שטענת קים לי טענת ודאי היא, שלא שייכת אלא בפלוגתא דרבוותא ולא בספיקא דדינא, וכמו שחילק הש"ך (תקפו כהן סימן ע"ט והלאה).]

שיטת מהר"י נ' לב

בשו"ת מהר"י נ' לב (חלק ג' סימן ק"א) דן בעישור נכסים שזוכה בו הבת, והעלה שבנידון ידידיה יש פלוגתא דרבוותא אם ויתרה הבת או לא, ופסק "וכיון דכן הוא שהיא זכתה בפרנסה משעת מיתת האב אלא דמספקא לן אי במיתת הבן הפסדה הפרנסה מספיקא לא מפסדינן לה הפרנסה שהרי הוחזקה בה ומנא אמינא לה ממאי דאמרינן בכתובות ובפרק השואל על הטוען לחבירו מנה והלה אומר איני יודע רב הונא ורב יהודה אמרי חייב רב נחמן ורב יוחנן אמרי פטור וכתבו התוספות דוקא שאומר איני יודע אם הלתיני אבל הלוינני ואיני יודע אם החזרתי לך מתניתיך היא בפרק בגזול דחייב ונדון דידן דמי לההיא דאיני יודע אם החזרתי לך דהרי זכתה הבת בנכסים משעת מיתת האב ... וכיון דכן הוא דמיא נדון דידן לההיא דאיני יודע אם החזרתי לך דלא ידעינן אי במיתת הבן ויתרא מה שזכתה משום ריוח ביתא כר' יוחנן או לא ויתרא כרבי חנינא". ובשו"ת מהרי"ט (חלק א' סימן ק"ל) השיג עליו "ואף על פי שאין משיבין את הארי לאחר מיתת תמה אני היאך נסתפק הרב ז"ל בדבר זה ודמהו לאיני יודע אם החזרתי לך ... עד כאן לא אמרו בהלוינני ואיני יודע אם החזרתי לך דחייב אלא כשנגדו טוען ברי שלא החזיר לו אבל הכא אף שכנגדו טוען שמא ובכה"ג אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה", והיינו כהשגת המשנה למלך על ראד"ב והבית שלמה על ראנ"ח, וכקושייתו על הכנסת הגדולה. ובשו"ת פני משה (שם) הביא דברי מהרי"ט וכתב "אכתי מה בכך דהרב מוהריב"ל איעקרא מכחיש הצעת הרב [מהרי"ט] ואית ליה בהיפך דאית ליה למוהריב"ל דאפילו בששניהם מלוה ולוה טוענים בספק על הפרעון כיון דהא מיהא הם ודאים בהלואה מחייב הלזה האומר איני יודע אם פרעתיך אף שחבירו תובעו בשמא", ועוד הביא משו"ת מהר"י נ' לב (חלק ג' סימן מ"ו) שדן בתביעת נזקי שכנים והמזיק החזיק אלא שיש מחלוקת הפוסקים אם מהני חזקתו, וכתב "בנדון דידן דאיכא לאסתופקי אי מהניא ליה ההיא חזקה מכמה שנים כיון דאין לו טענה הרי ודאי הוא מזיק אלא דמספקא לן אי מהניא ההיא חזקה כיון דלית בה טענה ואיכא פלוגתא דרבוותא כדאמרן ואין ספק מוציא מידי ודאי ועל המזיק להביא ראיה ודוגמא לדבר זה אמרינן דהיכא דאמר מנה לי בידך והלה אומר [איני יודע אם] פרעתיך שחייב לפרוע ואם אומר איני יודע אם הלוינני אינו חייב לפרוע" וגם מזה דיין הפני משה "הרי שבתשובה הלזו גם כן הולך על דרך שיחו שבסימן ק"א הנזכר שבתשובה זו גם כן שמעון התובע וסייר לו נזק העשן באמרו שאפשר שלא עלתה לו חזקה כמאן דאמר הכי לא טעין בודאי והוה ליה כאומר איני יודע אם פרעתיך ואפילו הכי מחייב לראובן מטעמא דהוה ליה כאומר איני יודע אם פרעתיך" ועוד הביא שגם בחלק א' סימן פ"ב כן כתב [שם איתא "דאמרינן בפרק השואל מנה לי בידך והלה טוען איני יודע אם פרעתיך שחייב לפרוע ואם אמר איני יודע אם הלוינני פטור והטעם הוא מפורש שם [אף אנו] נאמר בנדון דידן דכיון דההיזק הוא ממורר והמחלוקת בין הפוסקים הוא לדעת אם צריך קנין

ואם לאו נאמר לו למזיק אל תזיק מספק ועליך להביא ראיה שאין צריך קנין במחילת ההיזק"]. ומשלש תשובות אלו של מהר"י נ' לב נראה שדעתו שאין הנתבע יכול לומר קים לי בספק פרעון ודלא ככל הני רבוותא שהבאתי לעיל, וצ"ע.

דברי הרא"ש והתומים בדין עושה בגפן זה ואוכל בגפן אחר

והנה ברא"ש (בבא מציעא פרק ז' סימן י') איתא "איבעיא להו עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר ולא איפשטא הלכך לא יאכל ואי אכיל לא מפקינן מיניה ולא מנכי ליה מאגריה דהיינו אפוקי כדאמר לעיל גבי משכנתא" וכן פסק השו"ע (סימן של"ז סעיף י'). והקשה הש"ך (תקפו כהן סימן ל"ח) "ואין להקשות לפי מה שכתבתי לדעת הטור ורבינו ירוחם והרא"ש דתפיסה מהני בתיקו בדבר שהוא ממון אם כן אמאי כתב הרא"ש וטור ורבינו ירוחם גבי בעיא דעושה בגפן זה ... ולא מנכינן ליה מאגריה אמאי לא מנכינן ליה מאגרא הא פשיטא בבעיא דלא איפשטא ותפס אם חזר חבירו ותפס ממנו מהני תפיסה ... ועוד דהא הכא הבעל הבית מוחזק באגריה כבר ואמאי לא יועיל תפיסת בעל הבית לנכות לו מאגריה בבעיא דלא איפשטא", וכעין זה הקשה הט"ו (סימן של"ז). ובתומים (סימן כ"ה קיצור תקפו כהן אות כ"ה – מ"ג) תירץ "ולכן נראה דסבירא ליה להרא"ש כי אמרינן בספק המוציא מחבירו עליו הראיה היינו באיני יודע אם חל החיוב ולכך בספיקא דדינא המוציא מחבירו עליו הראיה דהוי איני יודע אם חייב לך ואפילו למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף מכל מקום הכא לא הוה ליה למידע ועוד גם התובע טוען שמא אבל אם החיוב ברור והספק בפרעון בזה לא מהני תפיסה דהוי כמו איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם ואף דאינו דומה לגמרי כמו שכתבנו דשניהם טוענים שמא ואפשר דגם בזה בעינן הוה ליה למידע כמש"ל אי"ה במקומו מכל מקום לא דמי על כל פנים לספק בחיוב כי בזה החיוב ברור והפרעון ספק ואיך יועיל תפיסה והבו דלא לסיף כי לא מצינו דתפיסה מועיל רק [בספק בגוף] החוב אי חל חיוב מעולם או לא אבל היכי דהחיוב ברור וספק בפרעון אין תפיסה מועיל ואין ספק מוציא מידי וודאי ועיין בכנסת הגדולה שהביא דעת הרבה חכמים בתשובות שמחזיקים בדעת הזה". [ואיני יודע לאיזה חכמים ולאיזה תשובות נתכון, ולעיל הבאתי מהכנסת הגדולה שהביא רק דברי ראד"ב וראנ"ח וכבר הראתי ששניהם העלו למסקנא שיכול לטעון קים לי].

ונראה לבאר דברי התומים, דהנה משמע מדבריו שאף הוא מודה דבספיקא דדינא פטור אף באיני יודע אם פרעתיך מטעם דלא הוה ליה למידע ומטעם דאף התובע טוען שמא, וכבר הבאתי מסקנתו בסימן ע"ה שיכול הנתבע לומר קים לי כמאן דפוטרי כשלא הוה ליה למידע, ואם כן הוא הדין נמי בספיקא דדינא, ורק כאן שצריך לזכות מדין תפיסה, וכמבואר להדיא בש"ך שקושייתו היא משיטת הרא"ש בדין תפיסה (שהאריך לבארה בסימנים הקודמים), ע"ש, בזה אמרינן דהבו דלא לסיף עליה. כן נראה ברור בכונת התומים, אבל צ"ע ביסוד הדברים, דלמה צריכים כאן לדין תפיסה, אפילו נימא דתפיסה לא מהני למה לא נדין את זה ככל ספק בפרעון דעלמא דהרי לא תפס כלום והפועל רוצה להוציא שכרו ממנו והוא טוען דילמא נתפרעת על ידי שאכלת שלא כדין, וכאן אף דהוי איני יודע אם פרעתיך, כיון דלא הוה ליה למידע וגם התובע אינו טוען ברי, למה נחייב את בעל הבית לשלם?

אבל באמת דין זה תלוי באשלי רברבי, דהנה לעיל הבאתי דברי הש"ך בטענת ספק של הלוח שנתפר על ידי שהמלוה חייב לו כנגד חובו בעבור אבידת פקדונו, והקצות הביא דבריו וכתב (סימן ע"ה ס"ק ה') "ומשמע מדבריו הא אם המלוה גם כן טוען שמא לא היה נוטל ולי נראה דאפילו המלוה גם כן מסופק חייב הלוח דזה הוי טענה יש לי בידך כנגדו וזה גובה וזה גובה ואינו טענה אלא במגו דפרעתי כמבואר בסימן כ"ד וכיון דהלוח טוען שמא וליכא מיגו צריך לשלם והמלוה שאומר על הפקדון איני יודע כמה היה שוה הוה ליה איני יודע אם נתחייבתי ואם כן המלוה דהוי איני יודע אם נתחייבתי פטור אבל הלוח דהוא בחובו איני יודע אם החזרתי כיון דהמלוה טוען ברי שלא נפרע חייב לשלם וזה ברור". והנתיבות (ס"ק ה') השיג על הקצות וכתב "ולפענ"ד נראה דליתא דכיון שהלוח טוען יש לי בידך עושה זאת לפרעון ואינו בכלל זה גובה וזה גובה כלל" (וזה סותר למה שכתב בסימן נ"ט ס"ק א' וכבר הקשה כן הנחל יצחק [סימן נ"ט אות א' ענף ב']). ובנידון דידן שיש ספק אם מה שאכל הפועל היה כדין או לא, אם כן לדעת הנתיבות הרי אפילו אם נימא דתפיסה לא מהני, מה בכך, הרי עושה בעל הבית את מה שאכל הפועל לפרעון ואם כן היינו ממש איני יודע אם פרעתיך וגם הפועל התובע טוען שמא ובעל הבית הנתבע לא הוה ליה למידע ואיך נחייב את בעל הבית לשלם, וכמו שהקשיתי לעיל, אבל לדעת הקצות דזה גובה וזה גובה אתי שפיר, אלא דכאן יש להקשות דיועיל מדין תפיסה כיון דהוי ספיקא דדינא, ועל זה תירץ התומים דהבו דלא לסיף עלה וכו"ל (מה שאין כן בנידון הקצות דשם אינו ספיקא דדינא אלא ספק במציאות ובזה לא מהני תפיסה בטענת ספק). וכן כתב הנחל יצחק (סימן נ"ט אות א' ענף ג'), שהביא קושית הש"ך בתקפו כהן והט"ו והתומים הנ"ל, וכתב "ולשיטת הש"ך הנ"ל [בסימן ע"ה ס"ק כ"ז] יש להקשות עוד ביותר דהא אף אם נימא דהתפיסה לא מהני בספיקא דדינא מכל מקום הא לא גרע זה הספק מן היכא דמסופקים שניהם באיזה חוב מצד איזה ספק שנוולד להם אף

שאינו בספק בדין ולא דררא דממונא דאי נימא דאם נולד להם איזה ספק בחוב אחר אינו גובה את החוב הברור וכמו שכתב הש"ך בסימן ע"ה ס"ק כ"ז הנ"ל אם כן הוא הדין הכא מהאי טעמא לא יגבה השכירות כיון דמסופקים שניהם אם חייב הפועל להחזיר אכילת גפן האחר אבל לפי מה שכתב הקצה"ח כנ"ל אתי שפיר משום דאמרין בזה גם כן זה גובה כו' וקושייתם מהא דספיקא דדינא דמהני תפיסה זה יש ליישב בקל לשיטת הרא"ש כמבואר שם ואין כאן מקומו", ושוב כתב שיש לחלק בין חוב של שכירות שחייב מן התורה לסלק את הפועל במעות וממילא אמרין זה גובה וזה גובה, ובין חוב בעלמא שאין צריך לעשות כן מן התורה, ע"ש.

דברי הכסף הקדשים במחילה בלשון מסופק

בשו"ע איתא (סימן רמ"א סעיף ג') "המוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול אבל לאחר שיטול מה שנטל נטל". והש"ך (ס"ק ה') כתב שני פירושים בהא דמהני לשון מחילה. ובכסף הקדשים כתב "מה שכתב הש"ך שני פירושים בשו"ת הרשב"א ז"ל נראה שעל ידי זה הוה ליה ספק בהלכה בכל אחד ואחד מאופנים שבשני התירוצים שבש"ך ז"ל שם ובמחילה הוה ליה איני יודע אם פרעתיך אך הרי גם שכנגדו אינו יודע אם פרע לו ולא שייך ברי ושמא ברי עדיף וגם באיני יודע אם פרעתיך פטור בכזה אך אם שכנגדו מכחישו ואומר שלא אמר גם לשון מחילה מה שהוא אומר לשון מחילה ה' הוה ליה איני יודע אם פרעתיך וגם שמוחזק יכול לומר קים לי גם נגד רבים מכל מקום היכא דהוה ליה איני יודע אם פרעתיך אולי גם בספק פלוגתא דרבוותא בכנ"ל שהתובע ברי חייב באולי". הנה דעת הכסף קדשים כדעת המקור ברוך והמשנה למלך שבעלמא בספיקא דדינא פטור אף באיני יודע אם פרעתיך מטעם דגם התובע אינו טוען ברי, (אלא שיש לתמוה עליו שלא הזכיר כלום מסברת ראד"ב שקים לי כטוען ברי וסברת ראנ"ח שהנתבע לא הוה ליה למידע דלפי סברות אלו פטור אף כשהתובע טוען ברי כבנידון ידידה, אבל סברת הפרח מטה אהרן דיש דררא דממונא לכאורה לא שייכת, כיון דלפי דברי התובע מעולם לא מחל, הרי שהספק נולד עם טענת הנתבע).

ויש להעיר בדברי הכסף הקדשים, דהנה הש"ך (סימן ע"ה ס"ק כ"ב) פסק דמחילה טענה גרועה היא ואינה נאמנת בלא מיגו, וכן פסקו הנתיבות (שם חידושים ס"ק י"ז), רע"א (גליון שו"ע סימן פ"ב סעיף י"א) והנחל יצחק (סימן נ"ט אות א' ענף ג'), איברא דראנ"ח (שו"ת חלק א' סימן כ"א) חולק וסובר שיש בזה מחלוקת ראשונים, ועיין כנסת הגדולה (סימן ע"ה הגהות ב"י אות כ"ו), פנים במשפט (שם אות י"ג) וערך השולחן (אות י"ד). והנה ממה נפשך במה מיירי הכסף הקדשים, אי אין לנתבע מיגו, אם כן לדעת הש"ך וסייעתו פשיטא דחייב דהא אפילו בלשון ברור של מחילה לא מהני בלא מגו לדעתם (ולא ניתן להיאמר דנקט סתמא כדעת ראנ"ח). ואי יש לו מגו (כמו החזרתי או להד"ס), אם כן נאמן הוא שבאמת מחל לו המלוה ומחזיקים שהכחשת המלוה שקר היא, ושוב הוי כאילו שניהם מודים שמחל בלשון מסופק וכבר כתב הכסף הקדשים עצמו שבכ"י האי גוונא הלוח פטור. ואולי יש לומר שאף שבעלמא מחילה טענה גרועה היא, היינו משום שכבר ישנו לחוב בעולם ואינו עומד למחילה, מה שאין כן כאן שמוחל קודם שנוטל מנכסיו, ואם כן יש לפרש שמייירי כשאין לו מגו אלא שטענה זו נאמנת בעצמה, אבל כשהמלוה מכחישו וגם לפי טענת הלוח, הרי מכל מקום יש ספק בלשון המחילה, ממילא שוב דייגינן ליה כברי ושמא וכמו שכתב הכסף הקדשים.

ועוד יש להעיר בדבריו, דהנה יש לחקור חקירה אחת וגדולה היא אלי, בברי ושמא היכא שהנתבע טוען שאף שאינו יודע אם הוא חייב או לא, מכל מקום זה הוא יודע בודאי שהתובע משקר במה שטוען שהוא יודע, וברי לנתבע שגם התובע אינו יודע, האם יש לזה דין ברי ושמא או לא, ולא מצאתי ראיה מהפוסקים הקדמונים לזה. והנה כשיש לנתבע מגו, לכאורה נאמן במגו לומר שהתובע משקר ושוב הוי שמא ושמא, אלא שיש לדחות דלפי מה שכתב הנתיבות (סימן ע"ה ס"ק ז') דאין להאמין מי שאומר איני יודע במגו דהיה אומר שיודע שפטור, "דיותר ניחא ליה לאדם לטעון טענת איני יודע מטענת ברי", אם כן אפשר דהוא הדין נמי הכא אף שטוען ברי שהתובע אינו יודע, סוף סוף ניחא ליה בכך יותר מלטעון ברי שהוא פטור. ובין כך ובין כך יש לחקור כשאין לו מגו. ומדברי הכסף הקדשים מבואר שסובר שיש לזה דין ברי ושמא, שגם בנדון ידידה הנתבע ברי שהתובע משקר במה שטוען שמעולם לא אמר לו שום לשון של מחילה.